

ANTINOMIAS Y LAGUNAS¹

Riccardo Guastini²

Sumario: 1. Noción de Antinomia. 2. Técnicas Interpretativas para Prevenir las Antinomias. 3. Técnicas para Resolver las Antinomias. 4. Noción de Laguna. 5. Técnicas Interpretativas para Prevenir las Lagunas. 6. Técnicas Interpretativas para Crear Lagunas. 7. Técnicas para Colmar las Lagunas. Bibliografía

1. Noción de Antinomia

Una norma puede ser concebida, alternativamente, o como un enunciado que califica deónticamente un determinado comportamiento ("Es obligatorio hacer X", "Está prohibido hacer Y", "Esta permitido hacer Z", etc.), o bien como un enunciado sintácticamente condicional que conecta una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, o sea a una circunstancia o a una combinación de circunstancias ("Si se verifica el supuesto F, entonces se produce la consecuencia jurídica G").

Adoptando uno u otro de los conceptos de norma, se puede definir a una "antinomia" en uno u otro de los modos siguientes: a) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.

Ahora bien, con cualquiera de las nociones de norma que se prefiera adoptar, se puede convenir que el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema.

Hay que insistir en que un antinomia es un conflicto entre *normas* y no entre disposiciones normativas. Con esto se quiere decir: en primer lugar, que una antinomia puede (en muchos casos) ser evitada, prevenida, por medio de la interpretación; en segundo lugar, que una antinomia puede ser creada por la interpretación; en tercer lugar, que una antinomia puede solo presentarse con una interpretación ya realizada; en cuarto lugar, que, en consecuencia, una antinomia abre no un problema interpretativo (y por tanto no puede ser resuelta por vía

1 Traducción al castellano de Miguel Carbonell (IIJ-UNAM).

2 Profesor de la Universidad de Génova.

de la interpretación), sino un problema de otra naturaleza. Para resolver una antinomia hay que "eliminar" una de las dos normas en conflicto (o, quizá, ambas).

Se debe entonces trazar una clara línea de demarcación entre los procedimientos interpretativos idóneos para *prevenir* las antinomias y las técnicas idóneas para *resolverlas*.

Tradicionalmente, entre los métodos o criterios de solución de las antinomias, se suelen enumerar: a) el criterio de especialidad ("*lex specialis derogat legi generali*"); b) el criterio cronológico ("*lex posterior derogat legi priori*"); y c) el criterio jerárquico ("*lex superior derogat legi inferiori*"). Sin embargo, al respecto deben hacerse algunas observaciones.

En primer lugar, los latinazgos con los que se suelen formular los tres criterios son desviados. Los tres emplean, de hecho, una locución del verbo latino "derogar"; pero ello oculta el hecho de que se trata de tres fenómenos radicalmente diversos. La norma especial deroga a la norma general; la norma posterior no deroga a la norma anterior sino que la abroga; la norma jerárquicamente superior ni deroga a la norma inferior, ni la abroga, sino que la convierte en inválida.

En segundo lugar, el criterio de especialidad no se encuentra en el mismo plano que los otros dos: esto en el sentido de que su función es más bien la de excluir, en ciertas circunstancias, la operatividad del criterio jerárquico o del cronológico, o sea de derogarlos.

En tercer lugar, el elenco no es del todo satisfactorio. Por un lado, de hecho, la doctrina constitucionalista, junto a los criterios mencionados, indica un cuarto: el criterio de la competencia. Por otro lado, la práctica jurisprudencial sugiere un quinto: la interpretación adecuada (*adeguatrice*). Por otro, como enseguida veremos, el criterio de la competencia puede ser reconducido al criterio jerárquico como una especificación de éste; y la interpretación adecuada, por su lado, no sirve tanto para resolver las antinomias, sino para prevenirlas.

2. Técnicas Interpretativas para Prevenir las Antinomias

Entre las técnicas interpretativas idóneas para prevenir las antinomias, se pueden mencionar: la interpretación adecuada y la interpretación restrictiva.

A) De la interpretación adecuada basta recordar en este momento que se llama "adecuada" a la interpretación que adapta, que adecua, el significado de una disposición a un principio o a una norma de rango superior (previamente identificados), de modo que se evite el surgimiento de conflictos (cfr. por ejemplo las sentencias 823/1988, 369/1988 y 370/1988 de la Corte Constitucional italiana).

Pongamos que una disposición admita dos interpretaciones conflictivas, T1 y T2, de forma que T1 es conforme a un principio o una norma superior y T2 es por el contrario opuesta a esa norma o ese principio. Pues bien, si la disposición en cuestión fuese entendida en el

sentido de T2, fatalmente tendría que surgir una antinomia. Pero la antinomia se evita, si se entiende tal disposición en el sentido de T1. Esta última es la llamada interpretación adecuadora.

B) La interpretación restrictiva tiene el efecto de excluir del campo de aplicación de una cierta norma un determinado supuesto de hecho que, interpretado diversamente (por ejemplo, a la letra), entraría en ese campo.

Supongamos que una disposición D1 conecta la consecuencia jurídica G a la clase de supuestos de hecho F ("Si F, entonces G"). Según una interpretación literal, la clase F incluye, hipotéticamente, las subclases F1, F2, F3, etcétera. Supongamos además que una segunda disposición D2 conecta a la subclase F1 una consecuencia jurídica diversa e incompatible ("Si F1, entonces no-G"). Evidentemente, cada vez que se debe decidir un caso que recaiga en la subclase F1, se presenta una antinomia. Ahora bien, si se interpreta restrictivamente D1, de modo que se excluya de su campo de aplicación la subclase F1, entonces resulta que esta subclase de supuesto de hecho resulta regulada solamente por la disposición D2. Y la antinomia mágicamente desaparece.

3. Técnicas para Resolver las Antinomias

Las técnicas aptas para resolver las antinomias son reducibles a dos principios o criterios: el principio jerárquico y el principio cronológico.

Por lo que hace al principio de competencia, se puede decir que es nada más que una variante del principio jerárquico. Por lo que respecta al principio llamado de especialidad, tal principio no desarrolla otra función más que limitar la operatividad del principio cronológico y del jerárquico.

3.1. El Principio Jerárquico

El principio jerárquico es el principio en virtud del cual: en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas (o sea, dispuestas en grados diversos en la jerarquía de las fuentes), la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida (y por tanto no debe aplicarse).

Ejemplos paradigmáticos de conflictos entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas son: el conflicto entre normas de rango constitucional y normas de rango legislativo (en el derecho italiano la norma de rango legislativo es inválida en virtud de lo dispuesto por los artículos 134, 136 y 138 constitucionales), y el conflicto entre normas de rango legislativo y de rango reglamentario (en el derecho italiano, la norma de rango reglamentario es inválida en virtud del artículo 4 fracción I de las Disposiciones Preliminares del Código Civil).

Penalidad
Especialidad
Jerarquía
Cronología

Vale la pena subrayar que en el derecho italiano, la Corte Constitucional es el único juez competente para decidir sobre los conflictos entre normas de rango constitucional y normas de rango legislativo. Por tanto, en lo que se refiere solamente a estos conflictos, la Corte Constitucional es el único juez competente para aplicar el principio jerárquico.

3.1.1. El Principio de Competencia

El principio de competencia no se presta a una enunciación sucinta. Este principio se aplica siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- A) Que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso;
- B) Que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes);
- C) Que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por normas jerárquicamente superiores a ellas, atribuyendo —y, de esa forma, reservando— a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia.

Ahora bien, en presencia de tales circunstancias, la norma que proviene de la fuente competente para disciplinar la materia en cuestión es válida, y por tanto debe ser aplicada; mientras que la norma proveniente de una fuente no competente en esa materia —estando afectada de un “vicio de competencia”— es *inválida*, y por tanto debe ser desaplicada.

Ejemplo paradigmático de un conflicto entre normas provenientes de fuentes no jerárquicamente ordenadas, pero dotadas de diversas esferas de competencias, es el conflicto entre normas de ley estatal y normas de ley regional.

Conviene mencionar que el principio de competencia es, por así decirlo, parasitario del principio jerárquico. Tomemos el caso de una norma de una ley regional que invada la competencia de una ley estatal. La ley estatal y la ley regional no tienen entre ellas una relación jerárquica: son fuentes equiparadas. Pero ambas mantienen una relación de subordinación jerárquica con la fuente constitucional. Y la repartición de las competencias entre ley estatal y ley regional está dispuesta en la constitución. Ahora bien, la ley regional invasiva de la competencia de la ley estatal es inválida no porque esté en contraste con la ley estatal, sino porque está en contraste con la constitución. Es inválida no porque contradiga una norma de igual grado, sino porque contradice a una norma superior.

La reserva de competencia a favor de una determinada fuente A es “vinculante” para otra fuente B si, y sólo si, está dispuesta por una tercera fuente C que está supraordenada a la fuente A y a la fuente B. De otro modo la invasión, de parte de la fuente B, de la esfera de competencia atribuida a la fuente A, no sería causa de invalidez de las normas provenientes de la fuente B.

3.2. El Principio Cronológico

El principio cronológico es aquel principio en virtud del cual: en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas (o sea, dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes) y provistas de la misma esfera de competencia, la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse *abrogada* (y por tanto debe ser desaplicada).

Conviene subrayar la radical diferencia que existe entre el principio jerárquico y el principio cronológico: este último provoca la abrogación (o sea la parcial ineficacia) de la norma que sucumbe, mientras que el primero provoca la invalidez (y por tanto la ineficacia total). Además, el principio cronológico puede (y debe) ser aplicado por cualquier juez. Mientras que el principio jerárquico, en Italia, puede (y debe) ser aplicado por cualquier juez cuando se trate de antinomias entre normas legales y normas reglamentarias; pero puede ser aplicado exclusivamente por la Corte Constitucional cuando se trata de antinomias entre normas legales y normas constitucionales.

3.2.1. El Criterio de Especialidad

Para empezar, conviene aclarar la noción de norma especial. Pongamos que una norma N1 regule de un modo determinado una cierta clase de supuesto de hecho F ("Si F, entonces G"). En hipótesis, la clase de supuesto de hecho F incluye diversas subclases: F1, F2, F3, etcétera. Entre la clase F y sus subclases, evidentemente, existe una relación de "género" a "especie". Pongamos además que una segunda norma N2 regule en modo diverso una de estas subclases, por ejemplo F2 ("Si F2, entonces no-G"). De esta forma, la norma N2 excluye del campo de aplicación de la norma N1 a la subclase del supuesto de hecho F2, y por tanto lo restringe. Ahora bien, en estos casos, se suele decir indiferentemente que N2 constituye una norma "especial" respecto a N1, que N2 "es una excepción" a N1, o que N2 "deroga" a N1.

Por ejemplo, una norma N1 sujeta todos los "ciudadanos" a una obligación tributaria, y una segunda norma N2 exenta de su imposición a los "ciudadanos desempleados". Diremos entonces que N1 constituye una norma general y N2 constituye una norma especial, derogatoria con respecto a N1. En este sentido, el artículo 2046 del Código Civil italiano ("No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenga la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometa...") expresa una norma especial o derogatoria respecto de la norma (más) general dispuesta en el artículo 2043 del mismo código ("Cualquier daño doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga a quien haya cometido el hecho a reparar el daño").

Ahora bien, el llamado criterio de especialidad, en su formulación típica, suena así: la norma especial deroga a la norma general.

A pesar de la opinión concorde a la doctrina tradicional, esta fórmula no constituye de hecho un criterio de solución de antinomias: es más bien una definición (apenas disimulada) de "norma especial". Por "norma especial", de hecho, se entiende propiamente esto: una norma que deroga a una norma (más) general. Pero una definición, por sí misma, no puede ofrecer una regla de decisión de las controversias.

En suma: no se trata de saber si una norma especial o derogatoria es especial o derogatoria, porque la respuesta es obvia. Se trata de saber si, en determinadas condiciones, en determinadas circunstancias, una norma derogatoria es *eficaz* (y correlativamente se trata de saber si, bajo determinadas condiciones, en qué circunstancias es eficaz una norma general aún en presencia de una norma derogatoria).

Para contestar a esta pregunta, hay que distinguir preliminarmente dos situaciones:

1) Primera situación: la norma general y la norma especial o derogatoria están contenidas en disposiciones contiguas, pertenecientes a un mismo documento normativo (es el caso, por ejemplo, de los artículos 2043 y 2046 del Código Civil italiano).

En estos casos —se suele decir por la doctrina— el conflicto de normas es solo "aparente": en tales circunstancias es simplemente obvio que la norma especial es *eficaz*; y es igualmente obvio, por eso, que, cuando concurren los presupuestos, debe ser aplicada la norma especial y no la general. De otra manera la formulación de la norma especial no tendría ningún efecto: subsistiendo la norma general, la especial no encontraría nunca aplicación.

2) Segunda situación: la norma general y la norma especial o derogatoria están contenidas en disposiciones pertenecientes a dos *diversos* documentos normativos.

En estos casos, el conflicto de normas es (o puede ser) real. Puede suceder que una de las dos normas en cuestión deba ser considerada *ineficaz*. Pero en tales circunstancias, ¿por qué razones una norma puede ser ineficaz? El llamado criterio de especialidad, en su formulación típica, no responde esta pregunta.

Una norma puede ser ineficaz: o porque está en contraste con una norma *sucesiva*, y debe por ello considerarse *abrogada*; o porque está en contraste con una norma *superior*, y debe por ello considerarse *inválida*. En un caso, la norma en cuestión es ineficaz en virtud del principio *cronológico*; en el otro, en virtud del principio *jerárquico*.

Por lo anterior, el criterio de especialidad se vuelve interesante sólo cuando interfiere con el principio cronológico o con el principio jerárquico. Por tanto, hay que reformularlo en consecuencia, poniendo de relieve las relaciones jerárquicas o cronológicas que de vez en vez existen entre la norma especial y la norma general de que se trate. Distingamos.

3.2.1.1. Criterio de Especialidad y Principio Jerárquico

Cuando el criterio de especialidad interfiere con el principio jerárquico, puede presentarse una u otra de las dos situaciones siguientes:

1) La norma especial está jerárquicamente supraordenada a la general. En este caso, el criterio de especialidad debe sonar así: la norma especial deroga a la norma general a ella subordinada, sin provocar su invalidez (si la norma general fuese sin más inválida, entonces estaría operando el criterio jerárquico y no el criterio de especialidad).

Ahora bien, no existe ninguna duda de que la norma especial supraordenada "prevalece" sobre la general subordinada: esto es, que la norma especial debe ser aplicada (cuando concurren, se entiende, los presupuestos para ello), y la norma general desaplicada. Debe notarse, no obstante, que la norma especial, en este caso, prevalece sobre la general no en cuanto especial, sino en cuanto jerárquicamente superior.

Es bastante dudoso, en cambio, que la norma general deba considerarse no ya inválida, sino simplemente derogada, quedando todavía válida (y por tanto aplicable, cuando no concurren los presupuestos para aplicar la norma especial). Este es un problema de interpretación: en particular, uno de esos problemas que se pueden resolver solamente haciendo uso de la interpretación llamada sistemática. En línea de máxima, la norma general debería considerarse sin más inválida, por lo menos siempre que se pueda persuasivamente argumentar que la norma especial no tiene carácter "excepcional", pero que expresa un principio de derecho, de tal forma que arrolla a cualquier norma contrastante con ella.

2) La norma especial está jerárquicamente subordinada a la general. En este caso, el criterio de especialidad debería sonar así: la norma especial no deviene inválida por la norma general superior, sino que constituye una derogación a ella (restringe su campo de aplicación).

En esta versión, el criterio de especialidad no tiene algún fundamento. No hay duda, de hecho, que la norma general "prevalece" sobre la especial: y precisamente en el sentido de que la norma especial contrastante con una norma general supraordenada a ella es definitivamente inválida (y por tanto totalmente ineficaz).

3.2.1.2. Criterio de Especialidad y Principio Cronológico

Cuando el de especialidad interfiere con el principio cronológico, puede presentarse una u otra de las dos situaciones siguientes:

1) La norma especial es antecedente de la general. En este caso, el criterio de especialidad debería ser reformulado de la siguiente forma: la norma especial no es abrogada por la

3.2.1.1. Criterio de Especialidad y Principio Jerárquico

Cuando el criterio de especialidad interfiere con el principio jerárquico, puede presentarse una u otra de las dos situaciones siguientes:

1) La norma especial está jerárquicamente supraordenada a la general. En este caso, el criterio de especialidad debe sonar así: la norma especial deroga a la norma general a ella subordinada, sin provocar su invalidez. (si la norma general fuese sin más inválida, entonces estaría operando el criterio jerárquico y no el criterio de especialidad).

Ahora bien, no existe ninguna duda de que la norma especial supraordenada “prevalece” sobre la general subordinada: esto es, que la norma especial debe ser aplicada (cuando concurren, se entiende, los presupuestos para ello), y la norma general desaplicada. Debe notarse, no obstante, que la norma especial, en este caso, prevalece sobre la general no en cuanto especial, sino en cuanto jerárquicamente superior.

Es bastante dudoso, en cambio, que la norma general deba considerarse no ya inválida, sino simplemente derogada, quedando todavía válida (y por tanto aplicable, cuando no concurren los presupuestos para aplicar la norma especial). Este es un problema de interpretación: en particular, uno de esos problemas que se pueden resolver solamente haciendo uso de la interpretación llamada sistemática. En línea de máxima, la norma general debería considerarse sin más inválida, por lo menos siempre que se pueda persuasivamente argumentar que la norma especial no tiene carácter “excepcional”, pero que expresa un principio de derecho, de tal forma que arrolla a cualquier norma contrastante con ella.

2) La norma especial está jerárquicamente subordinada a la general. En este caso, el criterio de especialidad debería sonar así: la norma especial no deviene inválida por la norma general superior, sino que constituye una derogación a ella (restringe su campo de aplicación).

En esta versión, el criterio de especialidad no tiene algún fundamento. No hay duda, de hecho, que la norma general “prevalece” sobre la especial: y precisamente en el sentido de que la norma especial contrastante con una norma general supraordenada a ella es definitivamente inválida (y por tanto totalmente ineficaz).

3.2.1.2. Criterio de Especialidad y Principio Cronológico

Cuando el de especialidad interfiere con el principio cronológico, puede presentarse una u otra de las dos situaciones siguientes:

1) La norma especial es antecedente de la general. En este caso, el criterio de especialidad debería ser reformulado de la siguiente forma: la norma especial no es abrogada por la

norma general sucesiva, sino que constituye una derogación a ella (restringe su campo de aplicación).

Esta regla de solución de las antinomias no parece tener algún fundamento en el ordenamiento vigente, ya que, con la salvedad de las eventuales excepciones dispuestas de modo expreso por el legislador, la norma sucesiva, *aunque sea general*, abroga a la precedente, *aunque sea especial*, en virtud del principio cronológico (artículo 15 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano). De modo que emplear el criterio de especialidad en forma de conservar la eficacia de una norma especial anterior, constituye una violación del artículo 15 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano.

Cuanto menos se debe admitir, como lo señala la Corte Constitucional, que "en la hipótesis de sucesión de una ley general a una ley especial, no es verdadera en lo absoluto la máxima de que *lex posterior generalis no derogar priori speciali*: ya que los límites de dicho principio van, en efecto, de vez en vez, siempre verificados en la medida de la intención de legislador. Y no se excluye que en concreto la interpretación de la *voluntas legis*, de la que depende la solución del indicado problema de sucesión de normas, evidencie una amplitud de la ley general posterior, tal que no tolere excepciones, ni siquiera de parte de leyes especiales: las cuales quedan, de ese modo, tácitamente abrogadas" (Sentencia 29/1976 de la Corte Constitucional italiana).

2) La norma especial es sucesiva de la general. En este caso, el criterio de especialidad debería ser reformulado de la siguiente forma: la norma especial no abroga la norma general antecedente, pero se limita a derogarla (se limita a restringir su campo de aplicación, lo cual, por otro lado, no es una cosa distinta de una abrogación "parcial").

Pero también esta regla de solución de las antinomias, fuera de los (raros) casos en los que esté expresamente prescrito, es, por decir poco, discutible. Ciertamente, una norma especial deroga a una norma general precedente, sin abrogarla, cuando así es expresamente establecido por el legislador. Pero, en ausencia de una expresa previsión del legislador, es siempre posible sostener que la norma más reciente (aunque sea especial) constituye una tácita abrogación de la norma más vieja (aunque sea general): por ejemplo, argumentando que la norma más reciente es expresión de un nuevo principio (de una nueva política del derecho), el cual arrolla por entero a la vieja regulación.

3.3. Interferencias entre el Principio Jerárquico y el Principio Cronológico

El criterio jerárquico y el cronológico puede interferir entre sí. Tal interferencia se verifica cada vez que las dos normas en conflicto no sólo están dispuestas sobre planos distintos en la jerarquía de las fuentes, sino que también han sido emanadas en tiempos diversos.

La interferencia entre el principio jerárquico y el principio cronológico puede presentarse en dos situaciones.

a) En primer lugar, puede darse una antinomia entre dos normas, una de las cuales sea al mismo tiempo jerárquicamente inferior pero cronológicamente sucesiva, y otra jerárquicamente superior pero cronológicamente antecedente. Es este el caso, por ejemplo, de una norma de rango legislativo que esté en contraste con una norma constitucional precedente, o de una norma reglamentaria que esté en contraste con una norma legislativa precedente. En estas circunstancias, los dos criterios conflictúan entre ellos: en virtud del principio cronológico la norma inferior, en cuanto posterior, debería prevalecer sobre la anterior (aunque superior); en virtud del criterio jerárquico, la norma inferior, en cuanto tal, debería por el contrario sucumbir frente a la superior (aunque anterior).

Pero en realidad es del todo pacífico que, en caso de conflicto, el principio jerárquico prevalece sobre el cronológico. Así que la norma inferior, independientemente del hecho de que sea precedente o sucesiva, es inválida cuando contrasta con una norma superior. Por ejemplo, la ley sucesiva a la constitución, que esté en contraste con la constitución misma, ciertamente no abroga la constitución, sino que es constitucionalmente ilegítima y por tanto inválida.

b) En segundo lugar, puede darse una antinomia entre normas, una de las cuales sea al mismo tiempo jerárquicamente superior y cronológicamente sucesiva a otra. Este es el caso, por ejemplo, de una norma de rango legislativo que esté en contraste con una norma constitucional sucesiva, o de una norma reglamentaria que esté en contraste con una norma legislativa posterior. En estas circunstancias, los dos criterios no conflictúan, sino que concurren: la norma anterior e inferior, de hecho, puede indiferentemente ser considerada o abrogada en cuanto anterior (en virtud del principio cronológico), o inválida en cuanto inferior (en virtud del principio jerárquico).

Como ya se ha dicho al mencionar las diferencias que existen entre la abrogación y la declaración de ilegitimidad constitucional, el derecho italiano vigente parece consentir ambas soluciones.

Por otro lado, cuando esté en discusión una antinomia entre constitución y ley anterior (preconstitucional), la doctrina y la jurisprudencia parecen preferir a la segunda: una norma legislativa en contraste con la constitución, pero antecedente a ella, debe considerarse no simplemente abrogada, sino inválida, por ilegitimidad constitucional sobrevenida. Esto conlleva la relevante consecuencia de que la antinomia entre constitución y ley anterior no puede ser decidida por los jueces comunes, sino sólo por la Corte Constitucional (cuyas decisiones estimatorias, debe recordarse, tienen eficacia *erga omnes*).

4. Noción de Laguna

También para la definición de laguna se puede repetir, *mutatis mutandi*, lo que se ha dicho para la noción de antinomia. Una norma puede ser concebida, alternativamente, o como

un enunciado que califica deónticamente un cierto comportamiento, o como un enunciado sintácticamente condicional que conecta una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho.

Adoptando uno u otro concepto de norma, se define una "laguna" en uno u otro de los modos siguientes: a) en un sistema jurídico existe una laguna siempre que un determinado comportamiento no esté deónticamente calificado en modo alguno por una norma jurídica perteneciente al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una laguna siempre que para un determinado supuesto de hecho no esté prevista alguna consecuencia jurídica por una norma perteneciente al sistema.

Pero, sea cual sea la noción de norma que se prefiera adoptar, se puede estar de acuerdo en que el sistema presenta una laguna siempre que un caso concreto no pueda ser resuelto en algún modo sobre la base de normas preexistentes en el sistema.

4.1. Lagunas e Interpretación

Las lagunas deben ser cuidadosamente distinguidas de los problemas de interpretación y de cualificación de los supuestos de hecho, con los que comúnmente se les confunde.

El problema de si existe y cuál es la norma aplicable al caso es un problema de interpretación y/o de subsunción de un supuesto de hecho concreto en un supuesto de hecho abstracto. Un problema de este tipo puede ser resuelto de dos modos: o decidiendo que el supuesto de hecho que se examina recae en el campo de aplicación de una cierta norma, o decidiendo que no existe alguna norma aplicable a ese supuesto de hecho. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna; en el otro caso, por el contrario, el derecho se revela lagunoso. Comúnmente, *ambas* decisiones son practicables: es el intérprete quien decide si una laguna existe o no existe. Pero, en ambos casos, el problema de interpretación se resuelve: la laguna, si se presenta, lo hace sólo por una interpretación ya realizada.

En consecuencia, una laguna abre no ya un problema interpretativo (y por tanto no puede ser resuelta por vía de interpretación), sino un problema de otra naturaleza. Para colmar una laguna hay que "integrar" o completar el sistema jurídico, produciendo una norma nueva.

Por tanto, las relaciones entre interpretación y lagunas del derecho pueden ser representadas del modo siguiente:

a) En primer lugar, la interpretación puede *prevenir* una laguna: en el sentido que el material normativo (el conjunto de las fuentes) a disposición puede ser interpretado en modo tal que la laguna ni siquiera se presente.

b) En segundo lugar, la interpretación, así como puede evitar las lagunas, puede también *crearlas*: en el sentido de que el material normativo (el conjunto de las fuentes) a disposición puede ser interpretado en modo tal que se presente una laguna.

c) En tercer lugar, la interpretación —si puede crear las lagunas, o prevenirlas— *no puede sin embargo colmar* las lagunas: para colmar una laguna, no sirve interpretar el derecho existente, es necesario crear derecho nuevo, y la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es una cosa diversa de la interpretación de una disposición preexistente.

Se debe por tanto trazar una nítida línea de demarcación entre los procedimientos interpretativos idóneos para *prevenir* las lagunas, los procedimientos interpretativos idóneos para *crearlas*, y las técnicas de integración del derecho idóneas para *colmarlas*.

5. Técnicas Interpretativas para Prevenir las Lagunas

Entre las técnicas interpretativas idóneas para prevenir las lagunas (sin pretender ofrecer un elenco completo) se pueden mencionar: la interpretación extensiva y la interpretación evolutiva.

a) Se llama extensiva aquella interpretación que extiende el significado *prima facie* de una disposición, de forma que se incluyan en su campo de aplicación también supuestos de hecho que, según una interpretación literal, lo estarían contemplados. De este modo, es posible reconducir bajo el dominio de una norma también supuestos de hecho que, en caso contrario, quedarían totalmente privados de regulación jurídica.

b) La interpretación evolutiva es aquella que tiende a adaptar las viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas, no previstas por el legislador histórico. También de este modo es posible reconducir bajo el dominio de una norma supuestos de hecho que, en caso contrario, quedarían totalmente privados de regulación jurídica.

6. Técnicas Interpretativas para Crear Lagunas

Entre las técnicas interpretativas idóneas para crear las lagunas (sin pretender ofrecer un elenco completo) se pueden mencionar, por ejemplo, el argumento de la disociación y el argumento *a contrario* (en una de sus variantes).

a) El argumento de la disociación consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción que el legislador no ha tomado en consideración (o no ha considerado relevante). De este modo, deviene posible distinguir, en el seno de la clase de supuestos de hecho contemplados en la disposición (entendida a la letra), dos subclases; y deviene también posible excluir que la disposición se aplique a ambas. El campo de aplicación de la disposición es así reducido solamente a alguno de los supuestos de hecho previstos por ella (según una interpretación literal). El éxito de la argumentación es, en suma, que la disposición en cuestión se entiende como referida no ya a la totalidad de los supuestos de hecho que ella (entendida a la letra) contempla, sino sólo a una subclase de esa totalidad. De tal modo, la subclase queda fuera del campo de aplicación de la disposición, y resulta (o puede resultar) privada de cualquier regulación jurídica.

b) El argumento *a contrario* conoce (al menos) dos versiones: en la versión de argumento interpretativo, es un instrumento para crear las lagunas; en la versión de argumento productivo, es un instrumento para colmarlas. Interesa aquí la primera variante.

Para ilustrar el uso del argumento *a contrario* como instrumento para crear una laguna, conviene recordar el ejemplo siguiente. El artículo 18 de la Constitución italiana dispone que "Los ciudadanos tienen derecho de asociarse libremente...". Ahora bien, argumentando *a contrario*, se puede sostener que la Constitución confiere el derecho en cuestión *solo* a los ciudadanos: no en el sentido de que los extranjeros y los apátridas sean positivamente (aunque de modo implícito) excluidos, sino en el sentido de que la Constitución calla sobre eso, y por tanto omite regular este supuesto de hecho. En suma, la Constitución contiene una laguna.

7. Técnicas para Colmar las Lagunas

Las principales técnicas para colmar las lagunas, integrando el derecho, son: el argumento *a contrario* (en su versión de argumento productivo); el argumento *a simili* o analógico, como se prefiera decir; y el recurso a los principios generales del derecho.

1) Como se ha dicho, el argumento *a contrario* puede ser empleado en dos modos diversos: o como argumento simplemente "interpretativo" (para justificar una interpretación literal con preferencia de otras interpretaciones posibles), o como argumento "productivo" (para justificar la formulación de una norma nueva, implícita). En su versión de argumento interpretativo —como ya hemos visto— el argumento *a contrario* no es idóneo para colmar las lagunas, sino que incluso puede constituir un instrumento para hacerlas visibles (o para hacerlas nacer, que es lo mismo). Es precisamente en su versión de argumento productivo que el argumento *a contrario* puede ser empleado como técnica de integración del derecho lagunoso.

Debe recordarse el ejemplo ya puesto: el artículo 18 de la Constitución italiana dispone que "Los ciudadanos tienen derecho de asociarse libremente...". Se quiere saber si tal derecho es conferido también a los extranjeros y a los apátridas. Pues bien, argumentando *a contrario*, se puede sostener que la Constitución confiere el derecho en cuestión *solo* a los ciudadanos; pero, esta vez, no en el sentido de que la Constitución calla con respecto a los extranjeros y los apátridas (si así fuera, tendría lagunas), sino en el sentido de que la Constitución dispone positivamente —si bien de forma implícita— "en contrario", o sea dispone que los extranjeros y los apátridas *no* gozan del derecho de asociación.

Desde este punto de vista, la Constitución no es de hecho lagunosa: confiere un derecho a una cierta clase de sujetos, pero, al hacerlo así, implícitamente niega ese derecho a cualquier otro sujeto. De este modo, el argumento *a contrario* es usado como argumento para crear la norma de contenido negativo, según la cual los extranjeros y los apátridas no tienen derecho de asociación. De la norma "Todos los sujetos S tienen el derecho D" se desprende la norma "Todos los sujetos no-S no tienen el derecho D". Es oportuno subrayar que esta segunda norma *no* es una consecuencia lógica de la primera: y en tal sentido es una norma nueva, de creación jurisprudencial.

En general, se hace un uso no meramente interpretativo, sino productivo del argumento *a contrario*, siempre que se sostiene:

a) Que una disposición de la forma "Si F1, entonces G" debe ser entendida en el sentido de que "Solo si F1, entonces G";

b) Se excluye que la misma consecuencia jurídica, G, se produzca también en presencia de un diverso supuesto de hecho F2; y por tanto

c) Vale la norma "Si F2, entonces no-G".

Esta conclusión se resuelve en la formulación de una norma nueva: "Si F2, entonces no-G". Una norma semejante ofrece una regulación del supuesto de hecho F2 que, en hipótesis, no había sido regulada en modo alguno por el legislador.

2) El argumento *a simili* (o analógico) y el recurso a los principios generales del derecho son técnicas de integración del derecho lagunoso positivamente previstas por el artículo 12, párrafo segundo, de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano. Cada una de ellas requiere un análisis detenido realizado de forma independiente.

Bibliografía

Sobre las antinomias y sobre los criterios para su solución: N. Bobbio, "Antinomia", *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1967; G. Cavazzi, *Delle antinomie*, Turín, 1959; N. Bobbio, *Teoría del ordinamento giuridico*, Turín, 1960, cap. III (hay traducción al castellano de Eduardo Roza Acuña, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1991); A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, 1958 (traducción castellana de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, 4a. edic., Buenos Aires, 1977); N. Bobbio, "Sui criteri per risolvere le antinomie" (1967), ahora en *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín, 1970; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Commentario del codice civile. Arts. 1-9*, Bolonia, 1977; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980; R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico" en L. Gianformaggio/E. Lecaldano (eds.), *Etica y diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986; A. Franco, "I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento" en F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Turín, 1988; R. Guastini, "Redazione e interpretazione dei documenti normativi" en S. Bartole (ed.), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padua, 1988; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 2a. edic., Turín, 1992.

La literatura sobre el tema de las lagunas es vastísima. Sin embargo, existen en la literatura reciente dos trabajos que se puede decir que agotan los lineamientos teóricos de la cuestión. Ellos son: A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turín, 1962; C.E. Alchourrón/E. Bulygin, *Normative systems*, Viena-Nueva York,

1971. En la obra de Conte se encuentra una completa bibliografía sobre la cuestión, misma que sería inútil reproducir aquí.

Importantes contribuciones sobre el tema de las lagunas y de la plenitud del orden jurídico se han hecho por Norberto Bobbio, de quien se pueden ver: *Teoría general del derecho*, cit.; "Lacune del diritto" en *Novissimo digesto italiano*, IX, Turín, 1963, pp. 419 y ss.; *Il positivismo giuridico*, 2a. edic., Turín, 1979, pp. 244 y ss.

Cfr., además, A.G. Conte, "Incalificación e indiferencia", *Diánoia*, 1963, pp. 237 y ss.; U. Scarpelli, "Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 1634 y ss.; A.G. Conte, "Décision, complétude, clôture", *Logique et analyse*, 1966 (extracto); L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967; Ch. Perelman (ed.), *Etudes de logique juridique*, II, *Droit et logique. Les lacunes en droit*, Bruxelles, 1967; A.G. Conte, "Completezza e chiusura", *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Milán, 1968, pp. 159 y ss.; A.G. Conte, "Rassegna di nuove ricerche sopra lacune e antinomie (1964-1966)", *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, II, Milán, 1968, p. 343; Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruselas, 1968; C.E. Alchourron/E. Bulygin, *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, 1971; C.E. Alchourron/E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; R. Guastini, "Completezza e analogia", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, pp. 511 y ss.; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, pp. 100 y ss.; R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1984; L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padua, 1981; R. Dworkin, *A matter of principle*, Londres, 1985; A.G. Conte, "Completezza" en *Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, 1988 (extracto); A. Franco, "I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento", cit., pp. 179 y ss.; E. Pattaro, "La completezza degli ordinamenti giuridici e i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988, pp. 145 y ss.; P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Turín, 1989; C.E. Alchourron/E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 135 y ss., y 177 y ss.

Entre los clásicos hay que recordar al menos: K. Bergbohm, *Jurisprudenz und rechtphilosophie*, Leipzig, 1892; E. Zitelmann, *Lücken im recht*, Leipzig, 1903; D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910 (ahora en D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, I, Padua, 1966); S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925 (ahora en S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milán, 1969). Una ulterior bibliografía puede verse en A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit. y en L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.

